

Capítulo III

LA APLICABILIDAD DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

Carlos R. Fernández Liesa

I

En el Derecho internacional, a diferencia de los ordenamientos internos, tienen mucha relevancia jurídica las normas consuetudinarias.¹ Como es sabido una norma consuetudinaria internacional se forma por la conjunción de dos elementos (espiritual y material). El proceso de formación es dinámico y poco voluntarista en la actualidad.² El Derecho internacional, como consecuencia de su evolución, se ha impregnado de un mayor objetivismo —lo que no significa una vuelta al derecho natural—, lo que ha confirmado el Tribunal internacional de Justicia al considerar que hay reglas de derecho consuetudinario que vincu-

1. ABI-SAAB, G., «Les sources du droit international. Essais de déconstruction», *El Derecho internacional en un mundo en cambio. Liber amicorum E. Jiménez de Arechaga*, 1994, vol. I, Fundación Cultura universitaria, Montevideo, pp. 29-49, p. 30; CARRILLO SALCEDO, J.A., «Droit international et souveraineté des Etats. Cours général de droit international public», *RCADI*, 1996, n° 257, p. 171; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I., ANDRES SAENZ DE SANTA MARIA, M.P., *Curso de Derecho internacional público*, segunda edición revisada, Civitas, 2002, p. 75

2. Como se ha señalado esta evolución ha erosionado rasgos del Derecho internacional como la reciprocidad, el particularismo o el relativismo.. Vid. sobre esto MENDELSON, M.H., «The formation of customary international law», *RCADI*, 1998, 1999, t. 272, pp. 159 ss, p. 172-176; LADREIT DE LACHARRIERE, M.G., *L'élaboration du droit international public*, Colloque de Toulouse, SFDI, París, 1975, p. 183

lan a los Estados «más allá de cualquier consentimiento directo o indirecto», no «habiendo un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por uno cualquiera de los miembros de la comunidad en su propia ventaja».³

Así sucede con las normas más importantes de derechos humanos y, en particular, con las de *ius cogens* o con los principios fundamentales estructurales o constitucionales del Derecho internacional. También se ha erosionado la posición del objetor persistente.⁴ Los Estados raramente se han opuesto a las grandes reglas y principios en el periodo de su formación.⁵

El consenso general exige una práctica «generalmente aceptada como derecho». No es necesaria la prueba de la *opinio iuris* (y aún menos, lógicamente del comportamiento) de todas y cada uno de los Estados⁶ sino más bien el *consensus generalis* como convergencia de opiniones.⁷ La formación de una norma consuetudinaria requiere que exista la voluntad de un conjunto suficientemente representativo de la comunidad internacional, que incluya a los Estados especialmente interesados. Entre los dos elementos de la costumbre, y en la formación y transformación del *consensus generalis*, ha habido un proceso en el que se le da más relevancia a la *opinio iuris generalis* que, en ocasiones, compensa la falta de consistencia de la práctica.⁸ Como ha indicado el TIJ «Es sufi-

3. Cfr. *Asunto de la plataforma continental del mar del Norte (Dinamarca y Países Bajos c.RFA)*, TIJ, Rec. 1969, p. 28 y pp. 38-39 CHEMILLIER-GENDREAU, M., «Le Droit international entre volontarisme et contrainte», *Mélanges H. Thierry. L'évolution du droit international*, Pedone, París, 1998, pp. 93 ss.

4. No cabe esta regla en relación con costumbres ya constituidas (en este sentido *Asunto de la Plataforma continental del Mar del Norte*, 20-II-1969, IJ, Rec. 1969, pp. 38-39, pár. 63). VIRALLY, M., «Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public», *RCADI*, p. 182-183. CHANY, J.L., «The persistent objector rule and the development of customary international law», *BYIL*, 1985, p. 24; SALMON, J., «Changements et droit international public», *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 427-443, p. 438; STEIN, L., «The approach of the different drummer: the principle of the persistent objector in international law», *Harvard international law journal*, 1985, pp. 486 ss; DUPUY, P.M., «A propos de l'opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l'objector persistant», *Mélanges M. Virally*, París, 1991, pp. 257 ss, p. 278

5. Cfr. HUESA VINAIXA, R., *El nuevo alcance de la «opinio iuris» en el Derecho internacional contemporáneo*, Tirant monografías, 3, Valencia, 1991, p. 208.

6. Vid. MENDELSON, M., «The subjective element in customary international law», *BYIL*, 1995, pp. 177-208, p. 208; AKEHURST, M., «Custom as a source of international law», *BYIL*, 1974-75, pp. 153, pp. 32-34.

7. Vid: JIMENEZ PIERNAS, C., «El papel de la noción de consensus en la fundamentación y el concepto del Derecho internacional público», *O Derecho internacional no tercerito milenio. Estudos em homenagem ao profesor Vicente Marotta Rangel*, São Paulo, 1998, pp. 103-119, p. 107 ss; JIMENEZ DE ARECHAGA, E., «La costumbre como fuente del Derecho internacional», *Estudios de derecho internacional. Homenaje al prof. Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 375 ss, p. 397-398.

8. MÜLLERSON, R., «The interplay of objective and subjective elements in customary law», *International law. Theory and practice. Essays in honour of E. Suy.*, Wellens (edit), Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 161-178, p. 176; ABI-SAAD, G., «La coutume dans tous ses Etats ou le dilemme du développement du droit international general dans un monde éclaté», *Le droit international à*

ciente, para deducir la existencia de reglas consuetudinarias, que los Estados conformen su conducta de manera general y que traten los comportamientos no conformes a la regla como violaciones de ésta y no como manifestaciones del reconocimiento de una nueva regla. Si un Estado actúa de manera aparentemente inconciliable con una regla reconocida pero defiende su conducta invocando excepciones o justificaciones contenidas en la misma regla, resulta una confirmación más que un debilitamiento de la regla».⁹

El nuevo papel de la costumbre en la sociedad internacional¹⁰ tiene una función revisionista¹¹ y no sólo conservadora, sigue siendo norma no escrita (pero aparece en múltiples instrumentos internacionales no normativos o que carecen de alcance general). Del mismo modo tiene mayor relevancia la *opinio iuris*¹² frente a la práctica, siendo en esta evolución muy importante el papel de las resoluciones de la AGONU,¹³ en la medida en que pueden constituir elementos de prueba para establecer la existencia de una regla o la emergencia de una *opinio iuris* (TIJ, Rec, 1996, pár. 70 ss). Por último, cabe recordar la

l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de R. Ago, t. 1, 1987, p. 60; CARRILLO SALCEDO, J.A., «Droit international et souveraineté des Etats. Cours général de droit international public», *RCADI*, 1996, n° 257, p. 150

9. *Asunto actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, TIJ, Rec. 1986, p. 98, pár. 186.

10. Vid. también CARRILLO SALCEDO, J.A., «Droit international et souveraineté des Etats. Cours général de droit international public», *RCADI*, 1996, n° 257, p. 150; HUESA VINAIXA, R., *El nuevo alcance de la opinio iuris...*, cit., pp. 192-193

11. Sobre esto el trabajo clásico de DUPUY, R.J., «Coutume sage et coutume sauvage», *Mélanges offerts à C. Rousseau. La Communauté internationale*, Pedone, París, 1974, pp. 75-87, p. 79-84. DUPUY, P.M., «Theorie des sources et coutume en droit international contemporain», *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber amicorum E. Jiménez de Arechaga*, 1994, v. 1, Fundación cultura universitaria, Montevideo, pp. 51-68, p. 66

12. En el *Asunto Texaco-Calastatic*, el árbitro P.M. Dupuy, indicó que a la luz de las condiciones de voto, y de la *opinio iuris communis*, la resolución 1803 (XVIII) AGONU relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, reflejaba el estado de derecho consuetudinario existente en la materia. Del mismo modo, en el *Asunto Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (TIJ, Rec, p. 100) la *opinio iuris* se dedujo de la actitud de las Partes y de los Estados en relación a algunas resoluciones de la AGONU, en particular de la Res. 2625. El efecto de un consentimiento al texto de dicha resolución no se interpreta como una simple especificación de un compromiso convencional adoptado en la Carta sino como «una adhesión al valor de la regla o a una serie de reglas declaradas por la resolución y adoptadas en sí mismas».

13. DUPUY, R.J., «La codification du droit international a-t-elle encore un intérêt à l'aube du troisième millénaire?», *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, tomo 1, 1987, pp. 261-271, pp. 265-267; id. «Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la soft law», *L'elaboration du droit international public*, Colloque de Toulouse, SFDI, París, 1975, pp. 145 ss, p. 182 Cfr. DIAZ BARRADO, C.M., «La necesidad de codificación en el Derecho internacional público», *REDI*, vol. XLVII, 1995, num. 1, pp. 33-53, pp. 37-39; BADIA MARTI, A., SAURA ESTAPA, J., FERNANDEZ PONS, X., «La aportación de las Naciones Unidas a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional», *Jornadas sobre el cincuenta aniversario de las Naciones Unidas*, Colección escuela diplomática, n° 2, Madrid, 1995, pp. 121-173.

relación entre costumbre y tratado.¹⁴ Se producen los conocidos efectos declarativo, cristizador o generador.¹⁵

En la sociedad internacional, que carece del instrumento de la ley, si la norma consuetudinaria fuese sustituida por la codificada se producirían regresiones por la inoponibilidad de un Tratado a un Estado no parte (principio *res inter alios acta; pacta tertiis nec nocent neque prosunt*). Esta es la razón de que el TIJ indicase que aún cuando Derecho internacional general y consuetudinario «son codificados o incorporados en convenios multilaterales no significa que cesen de existir y de aplicarse en tanto que principios del Derecho consuetudinario, incluso respecto a países que son partes en dichos convenios (...) estos principios conservan un carácter obligatorio en tanto que elementos del Derecho internacional consuetudinario, aunque las disposiciones del derecho convencional a las que han sido incorporados sean aplicables»¹⁶ Y ello porque los convenios sólo obligan a los Estados partes, mientras que las normas consuetudinarias tienen alcance *erga omnes*. Además, la costumbre deja abierta la puerta a la evolución.¹⁷

II

El papel de la costumbre es relevante en diversos sectores del Derecho internacional y, en especial, en los desarrollos del Derecho internacional penal,¹⁸ que es el resultado de un proceso de decantamiento de un conjunto de valores comunes compartidos por la Comunidad Internacional, como señala Delmas-Marty.¹⁹ No se trata sólo de grandes valores abstractos, sino que se han

14. JIMENEZ DE ARECHAGA, E., «La costumbre como fuente del Derecho internacional», *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al prof. Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 381 ss; vid. también BAXTER, E., «Treaties and custom», *RCADI*, 1970, °, pp. 25 ss; VILLIGER, C., *Customary international law and treaties*, Dordrecht, 1985; ABI-SAAB, G., «The development of international law by the United Nations», *Révue égyptienne de droit international*, vol. 24, 1968, pp. 100 ss; DUPUY, R.J., «Coutume sage et coutume sauvage», *La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, París, Pedone, 1974, pp. 84 ss; BASTID, S., «Observations sur un étape dans le développement progressif et la codification des principes de droit internationale», *Rec. d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, p. 132 ss.

15. MÜNCH, F., «La codification inachevée», *Etudes en l'honneur de R. Ago*, t. 1, pp. 373-385, pp. 375-376.

16. TIJ, Rec. 1984, p. 424.

17. WOLFKE, K., «Can codification of international law be harmful?», *Etudes de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 317.

18. MAHIOU, A., «Le processus de codification du Droit international pénal», *Droit international pénal*, Ascensión, H., Decaux, E., Pellet, A., Editions A. Pedone, París, 2000, p. 38. LA ROSA, A.M., *Dictionnaire de Droit international pénal. Termes choisis*, Préface A. Cassese, Puf, París, 1998, pp. 36-37.

19. DELMAS-MARTY, M., «Les crimes internationaux peuvent-ils contribuer au débat entre universalisme et relativisme des valeurs?», *Crimes internationaux et juridictions internationales*, bajo la dirección de A. Cassese y M. Delmas-Marty, Puf, 2002, pp. 60 ss.

concretado en normas consuetudinarias que han tenido aceptación general, también por España, que no se ha opuesto a los grandes crímenes contra la humanidad ni a los delitos contra el derecho de gentes ni en su proceso de formación internacional ni posteriormente.

La cristalización consuetudinaria de las reglas generales vinculadas a los grandes crímenes contra la humanidad se ha producido, en todo caso, a finales del siglo xx,²⁰ tras un proceso que ha durado casi toda la centuria. La conformación consuetudinaria de otros delitos contra el derecho de gentes es anterior.

En el Derecho internacional clásico los ahora denominados crímenes contra la humanidad eran amnistiados después de las guerras. La primera vez que se planteó la posibilidad de enjuiciar esos crímenes fue después de la primera guerra mundial. El art. 227 del Tratado de paz de Versalles establecía que «las potencias aliadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern por ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los Tratados». Ello no obstante, ante la oposición holandesa nunca llegó a crearse un tribunal internacional, dada la inmunidad del Kaiser y la interpretación que entonces se hizo del principio de legalidad, previo dictamen del prof. Simmons, o del delegado norteamericano, que se sintió «frenado por el respeto ante el derecho, que es inseparable del sentido de la justicia, las naciones que han sufrido tan cruelmente no podrían poseer la fuerza para castigar adecuadamente a los culpables por medio de la ley».

El primer gran precedente para la posterior formación de normas consuetudinarias vino dado con los juicios de Núremberg y de Tokio, que tuvieron competencia material (art. 6 del estatuto de Londres, de creación del Tribunal de ocupación interaliado) para enjuiciar los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Salvo los crímenes de guerra, los otros dos eran nuevas categorías de delitos que se aplicaron en contravención de los principios de legalidad y de no retroactividad pero que, desde entonces, sentaron un precedente de la lucha de la Humanidad contra la barbarie.

Núremberg fue un paso adelante en la construcción de los elementos de dichos crímenes. También fue relevante en asentar el principio de responsabilidad penal internacional individual, como también lo serían multitud de juicios posteriores que han seguido teniendo lugar hasta la actualidad por crímenes cometidos entonces, en virtud de su imprescriptibilidad. La práctica internacional desde entonces se ha visto enriquecida no sólo por esa cadena de juicios celebrados por jurisdicciones nacionales sino también por desarrollos convencionales como los convenios de derecho internacional humanitario de Ginebra (de 1949, y los protocolos de 1977), el convenio de

20. Vid. en este sentido, entre otros, TOMUSCHAT, C., «La cristallisation coutumière», *Droit international pénal*, Ascensio, H., Decaux, E., Pellet, A., Pedone, Paris, 2000, p. 23.

sanción y prevención del crimen de genocidio, la declaración universal y los pactos de derechos humanos y por otro conjunto de instrumentos jurídico políticos.

Desde un primer momento destacó la Resolución 177 (II) de 21 de noviembre de 1947, que encargó a la Comisión de Derecho internacional que formulase los principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y las sentencias de Núremberg, y que preparase un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad. En 1949 la Comisión nombró relator a Spiropoulos y, en 1950, aprobó una formulación de los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por Núremberg y los presentó a la Asamblea General. Asimismo, en 1954 se presentó un proyecto de código a la Asamblea que estimó que tenía problemas muy relacionados con la definición de agresión, por lo que se decidió aplazar el examen del proyecto. Debido a la guerra fría la Asamblea no aprobaría la noción de agresión hasta la Resolución 3314-XXIV, de 4 de diciembre de 1974, momento en el que ya se había dejado a un lado todo este proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional penal.

La guerra fría contribuyó, de ese modo, a evitar nuevos desarrollos y permitió que hubiese genocidios y crímenes contra la humanidad con un grado de impunidad muy elevado cuando no absoluto. A principios de los ochenta la AGONU instó de nuevo a la Comisión a reanudar la labor sobre el código de crímenes y, en 1982, se nombró como relator a Tiam. Pero no sería hasta principios de los noventa cuando —al hilo de la guerra y de los crímenes contra la humanidad y el derecho de la guerra que se cometieron en el territorio de la Antigua Yugoslavia— se revitalizase la cuestión. En 1990 la AGONU (Res 45/41, de 28 de noviembre) pidió a la CDI que preparase un Informe sobre la jurisdicción penal internacional. En este momento el proyecto se acabó muy rápidamente, por la guerra en Yugoslavia y, en 1994, se aprobó el proyecto de Estatuto de Tribunal penal internacional. En 1994, en relación al proyecto de código se envió al comité de redacción, que, tras examinarlo, llegó a un acuerdo sobre el mismo, en 1996.

Los trabajos de la CDI son muy relevantes desde la perspectiva del Derecho internacional consuetudinario. Cabe destacar algunos elementos. En primer lugar, la CDI es un órgano que suele actuar con prudencia, a veces excesiva, de tal manera que sus trabajos fundamentalmente ayudan a reflejar el derecho vigente más que a crear nuevo derecho. En esta línea, el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996, era muy restrictivo y reflejaba el derecho consuetudinario. Así, al aprobar el *proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad*, la CDI hizo una declaración en la que indicaba:

«Con el fin de llegar a un consenso la Comisión ha limitado el alcance. En 1991 la lista de crímenes incluía 12 categorías. Algunos miembros de la Comisión han manifestado su pesar (...) La CDI ha tomado esta medida para que el código pueda ser aprobado y obtenga el apoyo de los gobiernos. Queda enten-

dido que la inclusión de ciertos crímenes en el código no modifica la calificación de otros crímenes en Derecho internacional, y que la aprobación del código no prejuzga en modo alguno el ulterior desarrollo de esta importante esfera del Derecho».

En el proyecto se tipificaban los crímenes de agresión, de genocidio, contra la humanidad, contra el personal de las Naciones Unidas y los crímenes de guerra. Salvo el penúltimo los demás tienen vigencia consuetudinaria. No se incluyen otros crímenes que también tienen vigencia consuetudinaria internacional porque había dudas sobre el respaldo absoluto de algunos gobiernos, o sobre su concreta tipificación y elementos. Así sucedió con los denominados crímenes de intervención, la dominación colonial, el reclutamiento, la utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios, el tráfico de estupefacientes, el terrorismo o los daños intencionales y graves al medio ambiente

En el proyecto de código se especificaban algunos elementos importantes para que las normas consuetudinarias pudieran tener eficacia real en los ordenamientos internos, y no sólo para que las normas consuetudinarias constituyan elementos de referencia para los derechos internos, sólo aplicables ante tribunales internacionales. Por ello, en el art. 1,2 del código se especificaba que dichos crímenes son «crímenes de Derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el Derecho nacional». A tal efecto, en la explicación al código se recordaba que ya el Tribunal de Nüremberg había reconocido que existían ciertos deberes que incumben a los individuos, en virtud del Derecho internacional y que puede castigarse a los individuos por violar el Derecho internacional. Este es el sentido, se indicaba, del *principio general de aplicabilidad directa del Derecho internacional respecto a la responsabilidad individual* y el castigo por crímenes de Derecho internacional, que implica —como resaltaba la CDI— la *autonomía* del Derecho internacional en la tipificación penal y la *supremacía* del Derecho internacional penal sobre el derecho nacional en el contexto de las obligaciones de los individuos. Los arts. 16 y siguientes establecían cada uno de los elementos de los crímenes.

Del mismo modo, en cuanto a la responsabilidad individual se establecía como principio y como piedra angular del Derecho penal internacional, en relación con todos los crímenes, limitado a los individuos pues, como es sabido, el régimen de responsabilidad de los Estados no tiene una dimensión penal sino puramente internacional. El código contribuía a deslindar la responsabilidad penal individual por cada uno de los crímenes, clarificando cuestiones clásicas como la responsabilidad del superior, del planificador, cómplice, autor, instigador etc. También se establecían los parámetros para la imposición de una pena proporcional a la naturaleza y gravedad del crimen así como otras muchas cuestiones (jurisdicción, obligación *aut dedere aut iudicare* etc.).

En definitiva este proyecto clarificaba muchos elementos del Derecho internacional consuetudinario aplicable. Posteriormente, la práctica de los Tribunales *ad hoc* y de los Tribunales especiales también ha contribuido, como indica

Cardona Llorens, a la «cristalización o al desarrollo del tipo penal que ha basado la inclusión de estas conductas en la jurisdicción de los tribunales».²¹ En los últimos años han proliferado junto a los clásicos Tribunales *ad hoc* (para la Antigua Yugoslavia o Ruanda) otros tribunales especiales creados por la ONU previo acuerdo con los Estados como el Tribunal especial para el Líbano (Res 1737, 2007, de 30 de mayo), Sierra Leona (Res 1315 (2000)) o la creación de salas especiales en la Corte de Camboya para procesar a los jemeres rojos por crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra. Todos estos Tribunales, junto a la CPI y a los tribunales nacionales actuando sobre crímenes internacionales plantean muchas cuestiones relativas a la aplicación de los tipos penales consuetudinarios.

III

En relación con *la aplicación de la costumbre en el Derecho español* la doctrina mayoritaria considera que el Derecho internacional consuetudinario oponible a España forma parte del derecho interno desde su formación, sin más trámites.²² Ello no obstante en la concurrencia entre costumbre internacional y derecho interno pueden aparecer problemas,²³ como ha sucedido en España.

El 17 de septiembre de 2009 el juzgado central de instrucción nº 2, de la Audiencia Nacional procesaba a J. Leprich, An Tittjung, J. Kumpf y J. Demjanjuk en tanto que miembros de las Totenkopf porque habrían prestado servicio como guardias armados en lugares destinados a la persecución de personas por motivos políticos, étnicos y raciales, en Mauthausen y Gross Ramona, Sachsenhausen y Flossenbürg. El juez les procesaba en tanto que cómplices de los delitos de genocidio y lesa humanidad y por ello se expedían órdenes internacionales de detención (vía INTERPOL) y una orden europea de detención y

21. En este sentido indica Cardona que «los crímenes internacionales siguen tipificados mayoritariamente en normas consuetudinarias y convenios particulares. Es cierto que algunos de ellos se han consolidado (y reforzado) en los Estatutos de los Tribunales penales internacionales. Pero dichos Estatutos ni tienen vocación de sustituir a esas normas consuetudinarias y convencionales, ni tipifican nuevos crímenes internacionales, ni siquiera tienen por vocación codificar y tipificar los crímenes existentes. Su vocación es delimitar la competencia de los Tribunales penales internacionales. Ahora bien (...) ello no impide que esa tipificación de los crímenes internacionales en los estatutos de los Tribunales internacionales suponga una aportación a la tipificación de los crímenes internacionales en general, pues sin duda inciden en la cristalización o en el desarrollo del tipo penal que ha basado la inclusión de estas conductas en la jurisdicción de los Tribunales». CARDONA LLORENS, J., «Los estatutos de los Tribunales penales internacionales y los crímenes internacionales: ¿Tipificación o delimitación competencial?», *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, 2009, pp. 193-205, p. 202.

22. REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. DIEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., PEREZ-PRAT DURBAN, L., *Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 631.

23. En el mismo sentido el prof. Mariño pone de relieve algunos problemas de aplicabilidad interna de las normas consuetudinarias no autoejecutivas. Cfr. MARIÑO MENENDEZ, F.M., *Derecho internacional público. Parte General*, Editorial Trotta, 1999, pp. 533.

entrega. Se trataba de delitos supuestamente cometidos por ellos en la segunda guerra mundial, cuando dichos comportamientos no estaban en el Derecho interno penal español tipificados como tales. Por muchos malabarismos jurídicos que se quieran hacer es difícil escapar del Derecho internacional en este tipo de asuntos, así como en muchos otros que han pasado por la AN, y que no vamos a analizar aquí, si bien cabe apuntar algunos problemas sobre la aplicación de la costumbre penal internacional en el derecho español.

No cabe duda de que los jueces la han aplicado en algunas ocasiones, como cuando reconocen su relevancia en materia de inmunidades de los jefes de Estado extranjeros.²⁴ Pero veamos algunos ejemplos de lo que cabría calificar de *choque entre la costumbre internacional y el Derecho penal español*.

El delito de *piratería* es uno de los *delicta iuris gentium* de mayor rai-gambre, cuyos elementos consuetudinarios y convencionales son bien conocidos, no solo en estrechos ámbitos académicos. Ahora bien, la situación jurídica de España es que el delito de piratería, que estaba hasta el CP de 1973 (art 138 del título dedicado a los delitos contra la seguridad exterior del Estado), fue extraído de la normativa española produciendo una «imperdonable laguna».²⁵ Ello no obstante los jueces podrían aplicar el tipo consuetudinario internacional de piratería, cuyos elementos son claros y poco problemáticos. Pero no ha sucedido así. En el asunto Alakrana los hechos de piratería fueron calificados por el juez instructor de delitos de asociación ilícita (arts. 515 y 56 del código penal), 36 delitos de detención ilegal (arts. 163 y 164) y de un delito de robo con violencia y uso de armas (art. 242). Por su parte, la Sala de lo Penal de la AN (auto de 2 de noviembre de 2009, cuestión de competencia) consideró que los actos podían constituir un delito de secuestro (art. 164, en relación con el 163) y de asociación ilícita (515), si bien indicaba que «para el Derecho internacional se trataría de un delito de piratería, que contempla el apoderamiento de un buque o el ejercicio de control sobre el mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación en el texto del art. 3 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, de 10 de marzo de 1988, también cualquier actos de violencia, detención o depredación cometidos contra un buque, como dice el art. 101 de la Convención sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982».²⁶ No

24. Vid. STS de 23 de febrero de 2003.

25. RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., «La represión del crimen internacional de piratería, una laguna imperdonable de nuestro código penal y, ¿por qué no?, un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional», *ARI*, núm 73/2009, p. 4); SOBRINO HEREDIA, J.M., «La piratería marítima: un crimen internacional y un galimatías nacional», *REEI*, núm 17, 2009.

26. En realidad este convenio se refiere a actos distintos de la piratería. Cabe recordar que según el art. 101 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del mar, de 10 de diciembre de 1982, constituyen piratería aquellos actos ilícitos de violencia y detención o aquellos actos de depredación cometidos con un propósito privado por tripulantes o pasajeros de un buque privado contra otro buque o aeronave o contra las personas o bienes a bordo de los mismos, en alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado.

puede decirse que estas calificaciones de las conductas sean acordes con los principios del moderno derecho internacional, ni que garanticen la posición de los acusados que, por lo demás, difícilmente siendo extranjeros tendrían como punto de referencia normativo el derecho penal español.

También era difícil, en su día, considerar que Pinochet, perseguido por la Audiencia Nacional por *genocidio, torturas y terrorismo* no debía de haberlo sido, en una perspectiva internacional más adecuada, por *crímenes contra la humanidad*, y que sólo la inadecuación del Derecho interno español al Derecho internacional provoca ese quiebro en la normal interpretación de los tipos penales, tampoco acorde con el principio de legalidad. Más recientemente el juez Garzón calificaba los crímenes de la guerra civil²⁷ de «delitos permanente de detención ilegal, sin ofrecer razón sobre el paradero de la víctima, en el marco de crímenes contra la Humanidad, salvando así los problemas de irretroactividad que pudieran aducirse respecto a esta figura».

No es ajena a esta evolución en la calificación más apegada al código penal español la sentencia del TS, en el Asunto Scilingo, que le condenó —revocando la sentencia de la AN— como «autor de treinta delitos de asesinato del art. 139, 1, como autor de un delito de detención ilegal (art. 163) y como cómplice de 225 delitos de detención ilegal, que constituyen crímenes contra la humanidad según el derecho internacional penal». Es decir, para el TS la condena se basa exclusivamente en los tipos penales del código penal, y revoca la previa posición de la AN que había condenado a Scilingo como autor de un delito de lesa humanidad, con causación de 30 muertes alevosas a 30 penas de 21 años de prisión por cada una de ellas, con causación de una detención ilegal a la pena de cinco años de prisión y con causación de una tortura grave a la pena de cinco años de prisión. En la calificación de los hechos por la Audiencia, innovadora (aunque tal vez no lo suficiente o, al menos no lo suficientemente convincente para el Supremo), rigurosa y bien construida se había hecho una construcción alternativa en función de que los crímenes estuviesen o no incluidos en el código penal en el momento de su comisión, y en función del momento de su comisión.

La sentencia de la Audiencia fue recurrida ante el TS, entre otras razones, por la aplicación indebida del art. 607 bis del CP en relación con los arts. 1 y 2, y 9, 3, 17-1, y 25-2 de la Constitución, pues el delito habría entrado en vigor en octubre de 2004, es decir, se habría aplicado de manera retroactiva para hechos ocurridos desde 1976 a 1981. Para Scilingo, que la AN acuda a la costumbre internacional y no al derecho interno en cuanto al delito de lesa humanidad era contrario a los principios de legalidad, tipicidad, analogía e irretroactividad. Esto plantea, por tanto, la cuestión del *principio de legalidad y la aplicación del Derecho internacional penal consuetudinario*.

27. FJ 4º. Auto de 16 de octubre de 2008, del juzgado central de instrucción nº 5 de la AN (diligencias previas procedimiento abreviado 399/2006 V).

IV

La interpretación del principio de legalidad²⁸ realizada por el TS en el caso Scilingo es totalmente restrictiva sobre el papel de la costumbre internacional en el Derecho penal interno español, y no ayuda a resolver los problemas de inadecuación del Derecho interno al Derecho internacional. El Supremo ha considerado, con gran parte de la doctrina penalista española, que el Derecho internacional penal no sería directamente aplicable salvo que existiese una previa trasposición al Derecho interno español, pues las normas internacionales carecerían de eficacia directa. Para el Supremo la interpretación de los arts. 93 y siguientes de la constitución exigiría la incorporación del Derecho internacional al derecho interno. A su juicio los tribunales internos españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales (que aplican su propio orden jurídico y sus propios estatutos). Para el TS el Derecho internacional consuetudinario no es apto para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles.

Esta interpretación no es muy acorde con la concepción del Consejo de Estado cuando, en su dictamen sobre el ECPI lo consideraba como un salto cualitativo en el proceso de estructuración de la Comunidad Internacional. Si el Consejo de Estado ponía el acento en el reforzamiento de la dimensión axiológica y humanizadora del Derecho internacional contemporáneo y en el papel de la Comunidad Internacional, el TS se ha anclado en presupuestos en exceso nacionalistas, nada abiertos a una evolución del derecho interno español de acuerdo con la evolución del Derecho internacional y de los intereses y valores compartidos por la Comunidad Internacional.²⁹ Tampoco parece congruente con la jurisprudencia del TC sobre el principio de jurisdicción universal.

28. Vid. sobre el principio de legalidad: FERNANDEZ PONS, X., «El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo», *Revista electrónica de Estudios internacionales*, nº 5, 2002; GALLANT, K.S., *The principle of legality in International and comparative criminal law*, 2007; GIL GIL, A., «Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo», *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Cuerda Riezu, A., Jiménez García, F (Dir), Tecnos, 2009, pp. 391 ss; LAMARCA PEREZ, C., «Jurisprudencia aplicada a la práctica. Internacionalización del Derecho penal y principio de legalidad: el caso Scilingo», *La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 34, 2007, pp. 69-77; MARTIN MARTINEZ, M., «La configuración del principio de legalidad penal en el Derecho internacional contemporáneo», *Nuevos desafíos del Derecho penal internacional.op.cit.*, pp. 371-390; OLASOLO ALONSO, H., «Del estatuto de los Tribunales ad hoc de Roma de la Corte Penal internacional: reflexiones sobre la evolución del principio nullum crime sine lege en el Derecho penal internacional», *Revista General de Derecho público*, nº 5, mayo de 2006 PIGRAU SOLE, A., «Elementos de Derecho internacional penal», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz. 1997*, UPV-Tecnos, Madrid, 1998, pp. 125 ss.

29. Véase *Expediente relativo al Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998*, Consejo de Estado. Recopilación de doctrina legal, 1999, B.O.E., Madrid, 2000, pp. 1-22.

En este sentido para el TS los jueces internos no obtienen su jurisdicción del Derecho internacional consuetudinario o convencional sino a través del principio democrático, de la Constitución española y de las leyes aprobadas por el Parlamento. El ejercicio del Poder judicial se legitima, dice el TS, por su origen, por lo que no se puede ejercer más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones. Sería conveniente que se pronunciase en un futuro el TC, que podría corregir esta posición en un sentido más abierto a la evolución del Derecho internacional, teniendo en cuenta el espíritu de apertura al mundo con el que se elaboró la Constitución.

El TS considera que el principio de legalidad (art. 25, 1 CE en el ámbito penal) exige, primero, «una *garantía formal*, como la existencia de Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden, derivándose una «reserva absoluta» de Ley en el ámbito penal» (STC 283/2006), lo cual implica el carácter escrito de la norma dado nuestro sistema de fuentes para el Derecho Penal (*lex scripta*). De forma que las conductas constitutivas de delito deben aparecer contempladas en una norma escrita con rango de ley, que además les asocie una pena. Desde esta perspectiva sería imposible aplicar la costumbre penal internacional pues en la sociedad internacional ni hay ley ni es escrita, algo que no es congruente con la interpretación mayoritaria de la Constitución española y de la recepción automática de las normas consuetudinarias, sin acto expreso de recepción.

En segundo lugar, se refiere a la *garantía material* y absoluta de «imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, F. 4; 218/2005, de 12 de septiembre, F. 2; 297/2005, de 21 de noviembre, F. 6)». Consiguientemente, el principio de legalidad, en cuanto impone la adecuada previsión previa de la punibilidad, indica el Tribunal Supremo, solo permite la sanción por conductas que en el momento de su comisión estuvieran descritas como delictivas en una ley escrita (*lex scripta*), anterior a los hechos (*lex previa*), que las describa con la necesaria claridad y precisión (*lex certa*) y de modo que quede excluida la aplicación analógica (*lex stricta*). En definitiva, exige *lex previa*, *stricta*, *scripta* y *certa*; de tal manera que el *Ius puniendi* del Estado sólo se puede ejercer si hay previsibilidad, irretroactividad y legalidad (indica el TS). Ahora bien, estos criterios pueden estar presentes si se consideran esos rasgos en relación con la evolución de la costumbre penal internacional.

Cabe recordar que la AN había considerado que el art. 607 bis incorporaba una previa norma de derecho internacional penal consuetudinario, en una sentencia innovadora que no vamos a entrar a analizar en este breve comentario. El Supremo viene a glosar algunos desarrollos del Derecho internacional penal consuetudinario, en tanto que contexto, pero pone de relieve que —a

su juicio— la definición de dichos delitos no habría alcanzado la necesaria precisión. En todo caso el Derecho internacional penal consuetudinario aplicable en esta materia no contendría una descripción de los tipos penales que permitiese su aplicación directa porque —dice—, de un lado las conductas no habrían sido formuladas de igual forma en su descripción típica y porque —especialmente— al ser incorporadas al derecho interno no habrían mantenido una total homogeneidad con las normas internacionales preexistentes.³⁰ *La vigencia del principio de legalidad —indica el TS— impide, pues, la aplicación directa del Derecho internacional penal consuetudinario como única norma aplicable al caso.*

En definitiva para nuestro TS es mejor aplicar un tipo penal que estuviese en el código de la época en que se cometieron los hechos delictivos (asesinato, detención, torturas, terrorismo...) que el tipo penal más adecuado al comportamiento (piratería, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, genocidio...) que estuviese tipificado en el Derecho internacional consuetudinario. Se trata de una interpretación que, en mi opinión, es muy restrictiva y que tampoco supone una garantía en cuanto al principio de legalidad.

Por ello, concluye el TS todo lo más que cabría hacer es considerar el Derecho internacional penal consuetudinario en el marco del art. 10, 2 de la Constitución en la medida en que las normas internas españolas se interpreten de acuerdo a los tratados de derechos humanos y se tenga en cuenta los principios del derecho internacional al interpretar y aplicar el derecho nacional, fundamentalmente en casos de *Ius cogens*. Aboga, por ello, por una interpretación de las normas de derecho penal sustantivo (orgánicas y procesales) teleológicamente en coherencia con la protección eficaz y con la efectividad de la prohibición de lesión de los derechos humanos. En definitiva, el derecho internacional penal serviría de contexto para la interpretación de normas españolas que no se han adaptado a la evolución de los crímenes reconocidos por la Comunidad internacional. Desde luego no puede considerarse que la interpretación en todo caso torcida de los tipos penales españoles sea un comportamiento garantista sino, en todo caso, nacionalista, pues su finalidad esencial no es otra que atenerse exclusivamente a lo aprobado por el legislador español en el código penal olvidando que en la formación de la costumbre España también ha contribuido, al menos en democracia, a la formación de dicho corpus normativo internacional.

V

Esta interpretación del principio de legalidad tampoco es acorde con la evolución del Derecho internacional. El principio de legalidad ha sido reconocido en el ámbito internacional en un sentido más amplio que en el Derecho interno. Así, los arts. 11, 2 Declaración Universal de Derechos humanos

30. A tal efecto el TS se refiere a la diferencia entre el art. 607 bis del CP o el art. 7 del ECPI.

(1948), 15, 2 del Pacto de derechos civiles y políticos (1966), 22 del Estatuto de Roma de Corte Penal internacional, 7 del CEDH, o de la CADH, 47 de la Carta de derechos fundamentales son interpretados de una manera más abierta, por dos razones.

De un lado, porque al construir el principio de legalidad no sólo hacen referencia al Derecho nacional sino también al Derecho internacional. Así, la Declaración Universal o el PIDCP de 1966 se refieren a que nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Además, el art. 15, 2 del Pacto indica que nada de lo dispuesto se opone al juicio y condena por actos u omisiones que, en el momento de cometerse sean delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la Comunidad internacional, de modo similar a lo que establece el art. 7 del CEDH, de 4 de noviembre de 1950, o el art. 47 de la Carta de derechos fundamentales, que establece:

«1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. (...). 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera delictiva según el Derecho internacional».

En los tribunales internacionales *ad hoc* se han aplicado las normas consuetudinarias considerando que satisfacen los requisitos de certeza, especificidad y previsibilidad inherentes al principio de legalidad; interpretaciones sobre la previsibilidad y accesibilidad mucho más laxas que en los tribunales internos;³¹ por su parte, como ha analizado M. Martín, con la CPI se produce una interpretación más acorde con los derechos penales internos, acortando las diferencias entre la justicia penal interna e internacional y apostando por la convergencia, lo que lleva a restringir el papel de la costumbre ante la Corte. Como indica esta autora,³² aunque se restrinja el papel de la costumbre ante la Corte, en virtud de los arts. 10 y 22, 3, esa tipificación no puede eliminar la existencia ni limitar las normas de Derecho internacional consuetudinarias, ni el principio de legalidad puede afectar a la tipificación de una conducta como crimen de manera independiente al Estatuto.

31. Como indica Magdalena Martín el Tribunal para la Antigua Yugoslavia exige que la conducta esté prevista, aunque no definida en términos exhaustivos, en el propio estatuto del tribunal (certeza), que sea expresión de la costumbre internacional vigente en el momento de comisión del ilícito (especificidad) y que el contenido de la norma consuetudinaria resulte accesible para el presunto autor, quien debe haber podido conocer y prever, con anterioridad a la comisión del ilícito, su antijuridicidad y la subsiguiente responsabilidad penal individual (previsibilidad). Vid. MARTÍN MARTÍNEZ, M., «LA configuración del principio de legalidad penal en el Derecho internacional contemporáneo...».

32. op.cit. p. 385

Si de un lado el Estatuto ha contribuido a la cristalización de normas consuetudinarias de otro permite la evolución de dichas normas. A estos efectos el Estatuto de Roma fue el resultado de un consenso que restringía la competencia *rationae materiae* del tribunal a los «más graves crímenes de trascendencia para la Comunidad internacional», que introducía ciertos «umbrales de impunidad», que se basa en el principio de complementariedad (con prioridad de las jurisdicciones internas) y que, a pesar del principio de aceptación automática, se basa en esencia en el principio del consentimiento a la jurisdicción. Sobre estas bases, por tanto, nuevas evoluciones y transformaciones relevantes deberían dar lugar a nuevos consensos y consentimientos que, en todo caso, no pueden frenar, pues no son aptos para ello, la evolución del Derecho consuetudinario.

En todo caso, la interpretación del tribunal Supremo español tampoco parece acorde con la que realiza el Tribunal Europeo de Derechos humanos que, como se ha señalado reiteradamente, ha contribuido a crear un orden público europeo, unos valores europeos comunes o un superconstitución europea. Frente a esto el TS indica que «nada impide que cada Estado formule un principio de legalidad más exigente en relación con la aplicación de sus propias normas penales por sus propios Tribunales nacionales». Ello no obstante vamos a ver en qué medida la interpretación del TEDH no sería un guía para la evolución de la interpretación en España de la validez, vigencia y eficacia de las normas consuetudinarias en el orden español.

VI

A tal efecto cabe realizar algunas breves consideraciones sobre la jurisprudencia del TEDH en relación con el principio de legalidad. En el *Asunto S.W y C.R. contra el Reino Unido*,³³ entre otros, se indicó que el art. 7 del CEDH no solo prohíbe la aplicación retroactiva del Derecho penal sino también el principio de legalidad de los delitos y las penas, lo que implica no aplicar la ley penal por analogía y supone que la infracción debe estar claramente definida por la ley, entre otras cosas. Ahora bien, para el Tribunal la noción de derecho (*law*) utilizada por el art. 7 corresponde a la de ley no siendo necesario que exista una ley *stricto sensu* sino que exista derecho aplicable. Además, precisa el Tribunal que no tiene porqué ser derecho escrito sino que (el concepto de ley) engloba el derecho no escrito,³⁴ también en el Derecho penal. Según esta interpretación la aplicación de la costumbre no sería contraria al principio de legalidad penal.

En el *asunto Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*³⁵ los demandantes invocaban que su condena por la jurisdicción alemana vulneraba el art. 7,1 de la Convención, entre otros. Streletz y Kesslet habían sido condenados

33. Sentencia de 22 de noviembre de 1995, vid. pp. 41 ss y 68 ss.

34. *Asunto Tolstoy Miloslavsky contra Reino Unido*, sentencia de 13 de julio 1995, p. 71, pár. 37.

35. Sentencia de 22 de marzo de 2001, del TEDH.

por incitación a homicidio voluntario en tanto que corresponsables de la muerte de varios jóvenes que habían intentado huir de la República Democrática de Alemania entre 1971 y 1989, cruzando la frontera (el famoso muro). El tercero, Egon Krenz, habría sido —entre otros dirigentes— el autor intelectual de los homicidios voluntarios en la medida en que había participado en la adopción de las decisiones al más alto nivel sobre el régimen de vigilancia de la frontera. Según los demandantes las sentencias condenatorias no eran previsibles (nunca fueron perseguidos en la RDA) y no constituían infracciones según el Derecho internacional. Para el TEDH las infracciones habían sido definidas, con la suficiente «accesibilidad» y «previsibilidad» relativas a la protección de los derechos humanos (par. 42); además, el comportamiento de los demandantes podía ser considerado, en el marco del art. 7, 1 bajo el ángulo de otras reglas de Derecho internacional como las relativas a los crímenes contra la Humanidad.

En el *Asunto Kolk y Kislyiy contra Estonia*, los demandantes sostenían que al haber sido condenados por *crímenes contra la humanidad* cometidos en 1949 —por participar en la deportación de población de Estonia a la URSS— se les estaban aplicando retroactivamente leyes penales, y se les estaba condenado por actos no penados en el derecho soviético, que era el aplicable en Estonia, en 1949. Además, señalaban que en 1949 los actos por los que fueron condenados no eran crímenes de Derecho internacional. La Corte señaló que a pesar de que los actos cometidos hubieran podido ser lícitos según el derecho soviético en la época de los hechos, los tribunales estonios —al condenarlos posteriormente— estimaron que constituían crímenes contra la humanidad según el Derecho internacional en el momento de su comisión. La Corte Europea, tras analizar la evolución del Derecho internacional penal estima que es correcta la manera en que los Tribunales internos estonios han aplicado e interpretado el derecho interno a la luz de las disposiciones pertinentes del Derecho internacional. Por tanto, si bien no estaba tipificado en cuanto tal, en el Derecho interno lo aplicaron haciendo esta interpretación. AGULAR FERNANDEZ.

VII

No deja de ser extraño que se tenga jurisdicción para perseguir y no para condenar. Así, por ejemplo, en relación con el caso Alakrana las resoluciones judiciales de la AN han considerado que tenía jurisdicción por piratería, sobre la base de la LOPJ «puesto en relación con las disposiciones del Derecho internacional». Esta laxitud en la calificación a efectos de jurisdicción es confirmada por el TS. Así, en el fundamento jurídico 7 (1) de la sentencia Scilingo considera que establecida la previsibilidad de la sanción penal (calificados los hechos como delitos de asesinato y detención ilegal) la cuestión se desplaza al terreno de la perseguibilidad. Pero claro, por asesinato, homicidio o detenciones ilegales los delitos no eran perseguibles por los Tribunales españoles por falta de jurisdicción extraterritorial en atención a la calificación del delito. Eso era así entonces y lo sigue siendo en la actualidad.

Lo que hace el TS es utilizar el principio de jurisdicción universal del art. 23,4 para perseguir delitos que, a esos efectos, si considera como crímenes contra la humanidad. Cabe recordar que según el TC, en su sentencia sobre la jurisdicción en relación con el Asunto Guatemala el principio de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución». Para el TS esta doble calificación que hace no sería objetable porque —dice— la determinación del ámbito de extensión extraterritorial de la jurisdicción española se encomienda a normas de orden procesal u orgánico y, en ellas, la perseguibilidad internacional de hechos cometidos fuera del territorio nacional no siempre toma como referencia el tipo delictivo, aunque a veces lo haga.³⁶ Dice el TS que la prohibición de analogía en el ámbito penal se refiere exclusivamente al marco sustantivo sobre la descripción típica y la punibilidad sin que afecte a normas procesales u orgánicas, siendo apreciable una profunda similitud —dice el TS— entre el genocidio y el crimen contra la humanidad por su naturaleza, gravedad y formulación típica en el derecho interno español. En definitiva (FJ 8., STS asunto Scilingo):

«no se vulnera el principio de legalidad si la condena se impone por hechos que constituirían delitos de asesinato y detención ilegal en el momento de su comisión, tanto conforme al derecho interno español como al argentino pues la previsibilidad de la punibilidad era indiscutible. (...) partiendo de estos tipos delictivos las circunstancias relevantes que los acompañan caracterizan y pueden ser tenidas en cuenta para justificar la extensión extraterritorial de la jurisdicción española, aunque tales circunstancias no puedan ser valoradas como elementos del tipo a los efectos de la aplicación del art. 607 bis, sí permiten considerar los hechos constitutivos de asesinatos y detenciones ilegales declarados probados en la sentencia de instancia como crímenes contra la humanidad. Las previsiones del Derecho internacional penal humanitario, las normas de la declaración universal de derechos humanos y los tratados y convenios suscritos por España, concreta y especialmente el CEDH y el PIDCP deben ser tenidas en cuenta al interpretar y aplicar las normas de Derecho interno, de forma que resulte conducente a la efectiva protección de los derechos humanos esenciales. Nada impide, por lo tanto, la persecución de hechos que, aun calificados conforme al derecho interno como delitos ordinarios de asesinato y detenciones ilegales, deban ser considerados como crímenes contra la humanidad conforme al Derecho internacional penal».

Para el TS la condena por los tribunales españoles no podría utilizar formalmente el *nomen iuris* crímenes de lesa humanidad como elemento identificador del tipo aplicable del art. 607 bis CP, pero nada impide que se refiera a delitos de asesinato y detención ilegal que, por sus circunstancias constituyen internacional o constituirían según el derecho interno en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad. Para el TS no sería razonable

36. Así, pone como ejemplo las falsificaciones son perseguibles fuera del territorio si afectan al crédito o intereses del Estado (Art. 23, 3, f, LOPJ)

entender que la ley española excluye la jurisdicción de los tribunales internos sobre crímenes contra la humanidad cuando la acepta respecto del genocidio y de los crímenes de guerra, infracciones idénticas en su naturaleza y gravedad y pertenecientes, todas ellas, al núcleo de los ataques más graves a los derechos humanos básicos. En definitiva cualquier interpretación vale si sirve para evitar la aplicación de la norma consuetudinaria internacional. En esto el dogma no ha cedido y ha elaborado para ello laboriosas construcciones.

Habría que esperar que nuevas interpretaciones se abran a los desarrollos del Derecho internacional y del derecho europeo que han contribuido en el pasado a elevar el grado de reconocimiento y garantía de los derechos humanos tanto en el mundo como en nuestro país. Tal vez habría que utilizar esa creatividad para contribuir a la anulación de las condenas que durante el franquismo se hicieron sobre personas por el solo hecho de permanecer fieles al régimen republicano, dando auxilio a la rebelión. Eso, desde luego, no estaba tipificado en el momento de comisión del delito y vulneraba el principio de legalidad y el principio de no retroactividad, aparte de constituir una tropelía notable sobre la cual se podrían haber hecho estos malabarismos jurídicos dignos de mejor causa.